

**AJDA 2016 p.2176****L'attribution des autorisations domaniales : feu l'arrêt *Jean-Bouin*...****Rozen Noguellou, Professeur de droit public à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)**

Il existe bien des « principes » imposant aux personnes publiques d'organiser une publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance, lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel. Et ces principes existaient en 2010, en dépit de ce qu'a jugé le Conseil d'Etat lorsqu'a été rendu le désormais célèbre arrêt *Jean-Bouin* (CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272, *Ville de Paris, Association Paris Jean-Bouin*, Lebon 472 avec les concl. [📄](#) ; AJDA 2010. 2343 [📄](#) ; et 2011. 18, étude S. Nicinski et E. Glaser [📄](#) ; RDI 2011. 162, obs. S. Braconnier et R. Noguellou ; AJCT 2011. 37, obs. J.-D. Dreyfus ; RTD eur. 2011. 496, obs. J.-P. Kovar [📄](#) ; Contrats Marchés publ. 2011, n° 25, note G. Eckert ; Dr. adm. 2011, n° 17, note F. Brenet et F. Melleray. Solution confirmée par CE 15 mai 2013, n° 364593, *Ville de Paris, Lebon* [📄](#) ; AJDA 2013. 1271 [📄](#), chron. X. Domino et A. Bretonneau [📄](#) ; RDI 2013. 367, obs. S. Braconnier ; AJCT 2013. 470, obs. S. Hul ; Dr. adm. 2013. Comm. 63, note F. Brenet).

C'est à cette conclusion que conduit l'analyse de l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) le 14 juillet 2016 dans une affaire italienne. Etaient en cause des concessions domaniales, plus précisément des concessions portant sur des biens du domaine public maritime et lacustre, dont une concession autorisant un kiosque, une véranda, des bains, un quai et un ponton sur le lac de Garde. Le litige portait sur les modalités de renouvellement de ces contrats, le droit italien ayant prévu un mécanisme de renouvellement automatique du droit d'occupation, au profit du titulaire de l'autorisation domaniale. La question posée par le juge national était relative à la conformité au droit de l'Union de ce mécanisme mais supposait, plus largement, que soit analysée la procédure d'attribution des titres domaniaux ; le renouvellement n'est, en effet, que l'attribution d'un nouveau titre, qui n'est envisageable, de manière automatique, que si aucune procédure particulière ne s'impose pour la délivrance de ces autorisations.

Etait donc directement posée au juge de l'Union européenne la question de savoir s'il est possible de délivrer des autorisations d'occupation du domaine public sans aucune procédure particulière. En d'autres termes, était soulevée la question de la conformité de la solution dégagée par le Conseil d'Etat dans l'affaire *Jean-Bouin* aux règles du droit de l'Union européenne.

La réponse est sans ambiguïté : une publicité préalable est, au minimum, nécessaire dans la plupart des hypothèses où l'autorisation domaniale est délivrée à un opérateur économique.

**I - Les dispositions applicables**

L'arrêt permet d'abord de faire le point sur les dispositions régissant, en droit de l'Union européenne, l'attribution des concessions domaniales.

Trois types de règles peuvent être pertinentes selon les cas de figure : celles de la directive Services de 2006 (dir. 2006/123 du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur), celles de la directive Concessions de 2014 (dir. 2014/23 du 26 févr. 2014 sur l'attribution des contrats de concession) et enfin les règles générales du traité sur la libre prestation de services et la liberté d'établissement. La Cour précise comment s'articulent ces différents textes.

La directive Services a pour objet, comme le précise son premier article, d'établir « les dispositions générales permettant de faciliter l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires ainsi que la libre circulation des services, tout en garantissant un niveau de qualité élevé pour les services ». Elle est applicable à la plupart des prestations de services, à l'exception de ceux visés à son article 2.2, parmi lesquels figurent les services d'intérêt général non économiques, les services financiers, les services de soins de santé, les services sociaux, les services fournis par les notaires et les huissiers de justice... Les activités qui étaient déployées, en l'espèce, sur le domaine public ne relevaient pas du champ de ces exceptions ; elles pouvaient donc entrer dans le champ de la directive de 2006. Ce sera le cas de la plupart des activités que l'on retrouve habituellement sur le domaine public dès lors que sont en cause des activités économiques.

L'arrêt précise que la directive Concessions et la directive Services sont exclusives l'une de l'autre. La directive Services indique ainsi, dans son considérant 57, que « les dispositions de la présente directive relative aux régimes d'autorisation devraient s'appliquer dans les cas où l'accès à une activité de service ou l'exercice d'une telle activité par des opérateurs nécessite une décision de l'autorité compétente. Ceci ne concerne ni les décisions prises par les autorités compétentes de créer une entité publique ou privée pour la prestation d'un service donné, ni la conclusion de contrats par les autorités compétentes pour la fourniture d'un service donné qui relève de règles relatives aux marchés publics, étant donné que la présente directive ne traite pas des règles relatives aux marchés publics ». Il n'est ici renvoyé qu'aux règles applicables aux marchés publics, mais la même solution vaut, comme l'indique la CJUE, pour les concessions depuis l'adoption de la directive de 2014.

Ainsi, si le contrat peut s'analyser en une concession de services, c'est-à-dire si une prestation est commandée par la personne publique, sa conclusion devra être précédée des règles de publicité imposées par la directive 2014/23, sans que les règles de la directive Services de 2006 puissent trouver à s'appliquer. Tout dépendra de l'objet du contrat. Dans l'affaire jugée par la Cour, elle a considéré que les « concessions portaient non pas sur une prestation de services déterminée par l'entité adjudicatrice, mais sur l'autorisation d'exercer une activité économique dans une zone domaniale » (§ 47 de l'arrêt), c'est-à-dire que les contrats constituaient des concessions domaniales « sèches », sans adjonction de prestation au bénéfice de la collectivité publique.

Le raisonnement est classique en droit français, même si on doit relever qu'il est un peu renouvelé depuis la directive 2014/23 et les ordonnances relatives aux marchés publics et aux concessions. Le juge français avait l'habitude de rechercher, derrière le contrat d'occupation du domaine public, l'éventuelle convention de délégation de service public, voire le marché public. Dans l'affaire *Jean-Bouin*, il avait d'ailleurs écarté la qualification de convention de délégation de service public. L'état du droit a évolué de deux manières : d'une part, les textes

français excluent désormais qu'une convention domaniale « abrite » un marché ou une concession, c'est le contrat de la commande publique qui doit prévoir le titre d'occupation du domaine s'il est nécessaire. D'autre part, la question ne doit plus être, comme dans l'affaire *Jean-Bouin*, de savoir si l'on a affaire à une convention de délégation de service public, mais simplement de déterminer s'il s'agit d'une concession de services. Il suffit donc que des prestations de services soient commandées par la personne publique pour que le contrat puisse rentrer dans la catégorie du marché ou de la concession. Si un tel critère avait été appliqué dans l'affaire *Jean-Bouin*, il est probable que la qualification de concession de services aurait été retenue.

Naturellement, la distinction entre les champs d'application respectifs de la directive Services et de la directive Concessions (ou de la directive Marchés publics) dépend également du point de savoir si le titre d'occupation du domaine public est délivré par voie unilatérale ou contractuelle. Dès lors que l'on est face à un titre unilatéral, les textes sur la commande publique ne peuvent qu'être écartés et les règles de la directive Services deviendront applicables, cela même si la personne publique impose à l'occupant de réaliser un certain nombre de prestations.

Dans l'arrêt du 14 juillet, la CJUE envisage également la question de la soumission aux règles générales du traité relatives à la libre prestation de services. Là encore, le principe est celui de l'exclusivité des règles applicables. Relevant que « toute mesure nationale dans un domaine qui a fait l'objet d'une harmonisation complète à l'échelle de l'Union doit être appréciée au regard non pas des dispositions du droit primaire mais de celles de cette mesure d'harmonisation » (§ 59 de l'arrêt), elle considère que ce n'est que si la directive Services n'est pas applicable que l'on peut invoquer les dispositions de droit primaire. L'applicabilité des règles du traité sera donc exceptionnelle. Elle est envisagée dans l'arrêt pour le cas des concessions de services, lesquelles n'étaient, à l'époque des faits, pas couvertes par une directive spécifique. Il existe désormais un tel texte, lequel impose publicité préalable et procédure de passation au-delà des seuils de passation (5 225 000 € à l'heure actuelle). Les règles générales du traité n'auront ainsi vocation à régir que les hypothèses qui ne seraient couvertes ni par la directive Services, ni par la directive relative aux concessions, soit surtout le cas des concessions de services inférieures aux seuils européens (sur le modèle de ce qu'avait admis la Cour à propos des marchés publics : CJCE 3 déc. 2001, aff. C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, RDI 2002. 221, obs. J.-D. Dreyfus).

## II - Les règles de fond applicables

Dès lors que la directive Services de 2006 peut être considérée comme applicable, quelles sont les règles de fond qui doivent être respectées ?

La Cour s'intéresse aux dispositions de la directive relatives aux régimes d'autorisation préalable (art. 9 et s.) qui peuvent exister pour accéder à une activité de service. La directive encadre, en effet, strictement la possibilité d'instituer un régime d'autorisation, la durée de telles autorisations ainsi que leurs conditions d'octroi. C'est sur ce dernier point que portait la discussion dans l'arrêt, la nécessité du régime d'autorisation n'étant pas en cause.


La disposition pertinente en l'espèce est celle de l'article 12 de la directive. Cet article dispose que « lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, les Etats membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture.

Dans les cas visés au paragraphe 1, l'autorisation est octroyée pour une durée limitée appropriée et ne doit pas faire l'objet d'une procédure de renouvellement automatique, ni prévoir tout autre avantage en faveur du prestataire dont l'autorisation vient juste d'expirer ou des personnes ayant des liens particuliers avec ledit prestataire.

Sous réserve du paragraphe 1 et des articles 9 et 10, les Etats membres peuvent tenir compte, lors de l'établissement des règles pour la procédure de sélection, de considérations liées à la santé publique, à des objectifs de politique sociale, à la santé et à la sécurité des salariés ou des personnes indépendantes, à la protection de l'environnement, à la préservation du patrimoine culturel et autres raisons impérieuses d'intérêt général, conformément au droit communautaire ».

La Cour commence par définir la notion d'« autorisation » au sens de la directive de 2006, précisant que des concessions domaniales comme celles en cause, en l'espèce, peuvent relever de cette qualification « en ce qu'elles constituent des actes formels, quelle que soit leur qualification en droit national, devant être obtenus par les prestataires, auprès des autorités nationales, afin de pouvoir exercer leur activité économique » (§ 41).

Le juge européen ne se prononce pas sur le point de savoir s'il s'agit d'autorisations dont le nombre est nécessairement « limité en raison de la rareté des ressources naturelles » - condition d'application de l'article 12 -, renvoyant la question au juge du fond. Il relève toutefois que doit être pris en compte le fait que les autorisations sont délivrées au niveau communal et non national ; l'espace à prendre en compte pour apprécier le caractère plus ou moins rare de l'autorisation se détermine donc par rapport à l'autorité compétente pour les délivrer. Dans la plupart des cas, les autorisations domaniales relèveront bien du champ de l'article 12 : le domaine public n'étant pas extensible à l'infini, on se trouvera souvent dans des hypothèses dans lesquelles seuls un nombre limité d'occupants pourront s'y installer. Cela d'autant plus, évidemment, qu'il convient de se référer au champ géographique couvert par l'autorité domaniale concernée. Comme le relevait l'avocat général dans l'affaire jugée par la Cour, « les zones domaniales situées en bord de lac ou sur les côtes maritimes et qui peuvent faire l'objet d'une exploitation économique au sein d'une commune donnée sont bien évidemment limitées et, partant, sont susceptibles d'être qualifiées de "ressources naturelles rares" au sens de l'article 12 de la directive 2006/123 » (concl. M. Szpunar, § 72). La référence que fait l'article 12 à la notion de « rareté des ressources naturelles » était adaptée à l'hypothèse du domaine public maritime et lacustre, mais ne le sera pas nécessairement dans le cas de l'occupation du domaine public artificiel (même s'il nous semble que le terme de « ressources naturelles » ne doit pas être interprété restrictivement, en ne renvoyant qu'au domaine public naturel). Dans ce cas, ce sont les « capacités techniques utilisables » qui font qu'il n'est pas possible de délivrer un nombre important d'autorisations.




Or, dès lors que l'article 12 de la directive Services est applicable, des règles procédurales s'imposent pour éviter que l'attribution de l'autorisation puisse se faire de manière discriminatoire. La directive Services a, en effet, pour objet de mettre en oeuvre les règles générales du traité - liberté d'établissement, libre prestation de services et non-discrimination - ce qui exclut qu'un opérateur économique puisse bénéficier d'un avantage octroyé par les pouvoirs publics sans que soit mise en oeuvre, à tout le moins, une procédure transparente (v. déjà, en ce sens, l'arrêt CJUE 3 juin 2010, aff. C-203/08, *Sporting Exchange Ltd*, ou encore, CJUE 9 sept. 2010, aff. C-64/08, RTD eur. 2011. 427, obs. A. L. Durvieux ). C'est bien ce qu'exprime l'article 12 de ce texte, qui impose que soit respectée une « procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture

». On relèvera que contrairement à ce qu'il en est pour les concessions de services, la directive de 2006 ne prévoit pas de seuil qui déclencherait son applicabilité et donc la mise en oeuvre de cette procédure transparente. Toute autorisation, quelle que soit l'importance économique de la prestation en cause, doit être précédée d'une « publicité adéquate » (même si, naturellement, le caractère « adéquat » de la publicité à mettre en oeuvre dépendra en partie de l'ampleur de cette prestation).

Par ailleurs, le paragraphe 2 de l'article 12, qui vise à une remise en cause périodique des autorisations délivrées, interdit tout renouvellement automatique : cela condamnerait le mécanisme de prorogation mis en place par la législation italienne. Cette condamnation s'imposait d'autant plus que, comme le relève la Cour, une telle prorogation automatique « ne permet pas l'organisation d'une procédure de sélection » (§ 51).

La CJUE précise également comment doit être compris le paragraphe 3 de l'article 12, qui permet aux Etats membres de tenir compte « lors de l'établissement des règles pour la procédure de sélection », de considérations liées à « la santé publique, à des objectifs de politique sociale, à la santé et à la sécurité des salariés ou des personnes indépendantes, à la protection de l'environnement, à la préservation du patrimoine culturel et autres raisons impérieuses d'intérêt général ». Pour la Cour, de telles considérations doivent avoir été prévues *ab initio* et permettent simplement, lors de l'établissement des règles procédurales, de poser des limites aux autorisations accordées ; elles n'enlèvent rien au fait qu'une procédure doit être organisée.

Comme l'avaient relevé de nombreux commentateurs de l'arrêt *Jean-Bouin*, les dispositions de la directive Services imposent donc bien une procédure d'attribution transparente lorsque l'autorisation domaniale est nécessaire à l'exercice d'une activité économique.

C'est également le cas - dans l'hypothèse où la directive Services ne serait pas applicable - des règles générales du traité. La Cour bâtit, à cet égard, un raisonnement qui est proche de celui déjà développé dans les arrêts *Telaustria* (CJCE 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH.*, AJDA 2001. 106 , note L. Richer , et 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey  ; RFDA 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier) ou *Sporting Exchange Ltd* (CJUE 3 juin 2010, préc.) et qui repose sur l'idée selon laquelle « dans la mesure où une concession présente un intérêt transfrontalier certain, son attribution, en l'absence de toute transparence, à une entreprise située dans un Etat membre dont relève le pouvoir adjudicateur est constitutive d'une différence de traitement au détriment des entreprises susceptibles d'être intéressées par celle-ci et qui sont situées dans un autre Etat membre » (§ 65). La différence avec le cas où la situation est régie par la directive Services tient à ce qu'il convient alors de s'interroger sur l'existence ou non d'un intérêt transfrontalier (la directive Services établissant un cadre général de libéralisation des services, la question de l'intérêt transfrontalier n'a pas à être examinée), lequel dépendra de « la situation géographique du bien et de la valeur économique de la concession » (§ 67, l'intérêt transfrontalier certain a été reconnu en l'espèce).

Quelles conséquences peut-on tirer de cet arrêt pour le cas français ? Il marque, d'abord, une claire condamnation de la solution dégagée dans l'arrêt *Jean-Bouin*. On précisera, à cet égard, que si le délai de transposition de la directive Services était fixé au 28 décembre 2009, soit postérieurement à l'attribution du contrat passé par la ville de Paris dans l'affaire jugée en 2010, les règles générales du traité imposaient déjà une procédure transparente. Et, comme le relève la Cour dans l'arrêt du 14 juillet 2016, « il avait déjà été établi que les contrats qui présentaient un intérêt transfrontalier certain devaient être soumis à une obligation de transparence, si bien que le principe de sécurité juridique ne peut être invoqué » (§ 73). Cela signifie en pratique que les collectivités publiques ne peuvent plus délivrer de titres d'occupation domaniale - que ce soit par voie contractuelle ou par voie unilatérale - sans, lorsqu'il s'agit d'autoriser l'exercice d'une activité économique sur le domaine, mettre en oeuvre une procédure transparente supposant, au minimum, une publicité préalable (et cela, comme on l'a déjà souligné, sans condition de seuil).

On peut d'ailleurs se demander si la solution n'est pas transposable à certaines hypothèses d'occupation du domaine privé (v., déjà en ce sens, N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, LexisNexis, 3<sup>e</sup> éd., n° 446). Si le droit de l'Union européenne se moque des qualifications nationales et si, de ce fait, la solution consacrée par l'arrêt de la Cour de justice n'est pas réservée à l'occupation du domaine public, ce cas de figure devrait néanmoins être plus exceptionnel lorsqu'il s'agit de biens du domaine privé. D'abord, le critère de « rareté » requis par l'article 12 sera plus rarement rempli pour des biens *a priori* plus aisément substituables. Par ailleurs, l'occupation du domaine privé ne relève pas d'un régime d'autorisation à proprement parler, mais de contrats de location « classiques » dont on peut se demander s'ils peuvent entrer dans le champ de l'article 12. Il n'en demeure pas moins qu'une occupation d'un bien du domaine privé qui, par ses caractéristiques, présenterait un véritable intérêt économique, serait susceptible soit, en entendant largement le champ de l'article 12, d'être régie par cet article, soit, à tout le moins, d'être soumise au principe général de transparence.

Tout cela rend d'autant plus nécessaire et urgente la mise en place d'un véritable régime de délivrance des titres d'occupation. Le projet de loi relatif à la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique, qui vient d'être adopté le 8 novembre, comporte une habilitation permettant au gouvernement de prendre par ordonnance, dans un délai de douze mois suivant la promulgation de la loi, « toute mesure relevant du domaine de la loi tendant à moderniser et simplifier, pour l'Etat et ses établissements publics, les règles d'occupation et de sous-occupation du domaine public, en vue notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable applicables à certaines autorisations d'occupation et de préciser l'étendue des droits et obligations des bénéficiaires de ces autorisation » (règles qui pourront être étendues aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics). Ces règles devront, à tout le moins, prévoir une procédure garantissant, lorsque l'autorisation a vocation à être délivrée à un opérateur économique, « impartialité et transparence » et, notamment une « publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture ».

#### Mots clés :

**DOMAINE** \* Domaine public \* Occupation du domaine public \* Exercice d'une activité économique \* Procédure transparente

**CONTRAT** \* Contrat domanial \* Prorogation automatique \* Directive Services

**DROIT EUROPEEN** \* Droit de l'Union européenne \* Principes généraux du droit de l'Union européenne \* Transparence